

# **BVGer C-6773/2008 vom 2. September 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-09-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6773\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6773_2008)

FR: TAF C-6773/2008 du 2 septembre 2010

IT: TAF C-6773/2008 del 2 settembre 2010

## **Regeste**

Assurance-invalidité (AI)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

En application de l'art. 40 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI, RS 831.201), l'office AI du secteur d'activité dans lequel le frontalier a travaillé est compétent pour examiner les demandes présentées par des frontaliers, tandis que les décisions sont notifiées par l'OAIE.

### **E. 1.2**

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'OAIE concernant l'octroi de prestations d'invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci est dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

### **E. 1.3**

En vertu de l'art. 3 let. dbis PA, auquel renvoie l'art. 37 LTAF, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. Or, l'art. 1 al. 1 LAI mentionne que les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26bis et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

### **E. 1.4**

Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

### **E. 1.5**

Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est donc recevable quant à la forme.

## **E. 2**

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. II, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5, p. 265 ). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.31 consid. 3.2.2; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, p. 22 n. 1.55, Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd. Zurich 1998 n. 677).

### **E. 3.1**

L'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP, RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1er juin 2002. A cette date sont également entrés en vigueur son Annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RS 0.831.109.268.1), s'appliquant à toutes les rentes dont le droit prend naissance au 1er juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du Règlement), et enfin le Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du Règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71, les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'Annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'Accord - en particulier son Annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) - ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

### **E. 3.2**

L'art. 80a LAI rend expressément applicables dans la présente cause, l'ALCP et les Règlements (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relativement à l'application du Règlement (CEE) n° 1408/71.

### **E. 3.3**

Il sied à ce propos de signaler que depuis le 1er mai 2010, les règlements 1408/71 et 574/72 sont remplacés dans les 27 Etats membres de l'UE par le Règlement (CEE) n°883/2004 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 (JO L 200 du 7 juin 2004) et son Règlement d'application n° 987/2009 (JO L 284 du 30 octobre 2009). Toutefois ces nouveaux règlements ne sont pour l'instant pas encore applicables dans les relations entre la Suisse et

les Etats membres de l'UE. Pour ce faire une actualisation de l'annexe II de l'ALCP est nécessaire (cf. circulaire AI n° 292 du 10 mai 2010 de de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS]).

### **E. 3.4**

La décision litigieuse est datée du 26 septembre 2008. S'agissant du droit applicable, il convient encore de préciser qu'à partir du 1er janvier 2008, la présente procédure est régie par la teneur de la LAI modifiée par la nouvelle du du 6 octobre 2006 (5e révision), eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1.2). Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 116 V 246 consid. 1a et les arrêts cités). Les dispositions de la LAI et de son règlement d'exécution seront donc citées - sauf indication contraire - dans leur teneur en vigueur au 1er janvier 2008.

### **E. 4**

Est litigieuse, en l'espèce, la question du droit du recourant à des mesures de réadaptation professionnelle, en particulier à un reclassement dans une nouvelle profession.

#### **E. 4.1**

Selon l'art. 8 al. 1 LAI, les assurés invalides ou menacés d'une invalidité imminente ont droit aux mesures de réadaptation nécessaires qui sont de nature à rétablir, à maintenir ou à améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels, qu'ils aient ou non exercé une activité lucrative préalable. Ce droit est déterminé en fonction de toute la durée d'activité probable restante. Selon l'al. 3 let. b de cette disposition, les mesures d'ordre professionnel (orientation professionnelle, formation professionnelle initiale, reclassement, placement, aide en capital) sont au nombre des mesures de réadaptation. Cette disposition est précisée par l'art. 6 RAI qui définit la notion de reclassement et précise les frais pris en charge par l'assureur social. L'assuré a droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend nécessaire le reclassement et si sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être sauvegardée ou améliorée de manière notable (art. 17 LAI). Tel n'est en principe pas le cas si l'assuré ne subit pas, même en l'absence d'une telle mesure de reclassement, une diminution de sa capacité de gain de l'ordre de 20% au moins (ATF 124 V 108 consid. 2b, ULRICH MEYER-BLASER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zurich 1997, ad. art. 17). La perte de gain est calculée selon les mêmes principes que ceux appliqués lors de la détermination du degré d'invalidité dans le cas du droit à une rente (Revue à l'attention des caisses de compensation [RCC] 1984 p. 95; VSI 200 p. 63). La rééducation dans la même profession est assimilée au reclassement (art. 17 al. 2 LAI). Selon l'art. 16 LPGA, la réadaptation est prioritaire par rapport à l'octroi de la rente, laquelle est versée dans la mesure où la réadaptation a échoué (cf. ATF 126 V 241 consid. 5, ATF 108 V 210 consid. 1d). Aux termes de l'art. 10 al. 2 LAI, les assurés ont droit aux mesures de réadaptation dès qu'elles sont indiquées en raison de leur âge et de leur état de santé.

#### **E. 4.2**

Le reclassement se définit comme la somme des mesures de réadaptation de nature professionnelle qui sont nécessaires et adéquates pour procurer à l'assuré une possibilité de gain équivalant à peu près à celle que lui offrait son ancienne activité (ATF 124 V 108

consid. 2a, Pratique VSI 2000, p. 26; ATF 122 V 77 consid. 3b/bb; RCC 1992, p. 388; RCC 1988, p. 266; ATF 99 V 34, RCC 1974, p. 84; MICHEL VALTERIO, Droit et pratique de l'assurance-invalidité, Lausanne 1985, p. 136). La notion d'"équivalence approximative" se rapporte tout d'abord non pas au niveau de formation en tant que tel, mais aux possibilités de gain à prévoir après la réadaptation (ATF 122 V 77 consid. 3b/bb). Le droit à une mesure de réadaptation déterminée de l'assurance-invalidité présuppose qu'elle soit appropriée au but de réadaptation poursuivi par l'assurance-invalidité, et cela tant objectivement en ce qui concerne la mesure que subjectivement en rapport avec la personne de l'assuré. En effet une mesure de réadaptation ne peut être efficace que si la personne à laquelle elle est destinée est susceptible, partiellement au moins, d'être réadaptée. Partant, si l'aptitude subjective de réadaptation de l'assuré fait défaut, l'administration peut refuser de mettre en oeuvre une mesure ou y mettre fin (Arrêt du Tribunal fédéral I.552/2006 du 13 juin 2007, consid. 3.2; Arrêt du Tribunal fédéral I.370/1998 du 26 août 1999 consid. 2, publié in VSI 2002 p. 111). L'assuré n'a pas droit aux meilleures mesures possibles dans les circonstances de son cas car la loi ne veut garantir la réadaptation que dans la mesure où elle est nécessaire mais aussi suffisante dans le cas d'espèce (ATF 124 V 108 consid 2b, VSI 2000 p. 26; VSI 2002 p. 109). Est généralement équivalente la profession exercée jusque là et non pas une formation professionnelle nettement supérieure ou qui dépasse les exigences moyennes (RCC 1988, p. 266 et p. 497; VALTERIO,, op. cit.). Comme toutes les mesures de réadaptation, les mesures de reclassement doivent être adéquates et il doit exister une proportion raisonnable entre les frais qu'elle entraîne et le résultat qu'on peut en attendre (RCC 1992, p. 388; ATF 110 V 99 consid. 2, RCC 1984 p. 287; ATF 103 V 16, RCC 1977, p. 345; JEAN-LOUIS DUC, Les assurances sociales en Suisse, Lausanne 1995, n° 603). Un reclassement n'est pas nécessité par l'invalidité notamment lorsque l'assuré est suffisamment réadapté et qu'il est possible qu'il prenne un emploi correspondant à ses aptitudes, sans formation supplémentaire (RCC 1963, p. 127).

### **E. 4.3**

Le juge des assurances sociales doit examiner tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. En présence d'avis médicaux contradictoires, le juge doit apprécier l'ensemble des preuves à disposition et indiquer les motifs pour lesquels il se fonde sur une appréciation plutôt que sur une autre. A cet égard, l'élément décisif pour apprécier la valeur probante d'une pièce médicale n'est en principe ni son origine, ni sa désignation sous la forme d'un rapport ou d'une expertise, mais bel et bien son contenu. Il importe, pour conférer pleine valeur probante à un rapport médical, que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées (ATF 134 V 231 consid. 5.1). En particulier, la jurisprudence reconnaît qu'un rapport émanant d'un SMR, s'il répond aux exigences d'une expertise médicale, également en ce qui concerne les qualifications médicales requises, a une valeur probante comparable à celle d'une autre expertise, quand bien même il ne tombe pas sous le coup de l'art. 44 LPG (ATF 135 V 254 consid. 3.3.2).

### **E. 5.1**

En l'espèce, l'OAIE a refusé des mesures d'ordre professionnel sous la forme de reclassement au recourant en se fondant sur l'examen clinique entrepris le 28 septembre 2007 par le Dr F.\_\_\_\_\_ du SMR. Celui-ci retient que dans une activité non adaptée de boulanger l'incapacité de travail est totale depuis le 20 mars 2006 mais qu'elle est nulle dans une activité strictement adaptée à ses limitations fonctionnelles. Toutefois ce médecin note dans l'anamnèse que l'employeur actuel a adapté le poste de travail du recourant depuis quatre ans. Ainsi, le recourant n'est plus affecté huit heures d'affilée par jour au pétrin, ce qui nécessitait des flexions antérieures répétitives du tronc qui sont incompatibles avec les limitations fonctionnelles. Il s'occupe dès lors de l'enfournement et des viennoiseries. Ce travail implique le port de plateaux pouvant peser jusqu'à dix kilos (limitation fonctionnelle: 12 kg) mais il se fait en permanence debout (limitation fonctionnelle: alternance 3x/heure position debout/assise). Le Dr F.\_\_\_\_\_ estime que dès lors la capacité de travail dans ce poste adapté est de 70%. Afin d'éviter une perte de salaire, l'employeur a proposé un aménagement interne consistant à travailler à 70% dans le poste de boulangerie adapté et 30% au secteur de nettoyage. Après une semaine, le recourant n'a pas reconduit l'essai qu'il jugeait préjudiciable à ses douleurs dorsales. Au demeurant, aucun avis médical ne vient corroborer l'exigibilité d'une activité de nettoyage à 30%. Selon son écriture de recours, il travaille toujours chez le même employeur mais à 70% depuis le 1er janvier 2009. Il sied encore de préciser que dans la description du poste de travail telle que l'employeur l'a établie en janvier 2007 (alors que le poste était déjà "allégé"), les efforts physiques sont définis comme importants.

## **E. 5.2**

A l'époque du projet de décision litigieuse, le recourant était au bénéfice de l'aménagement mis en place (70% boulangerie 30% nettoyage) au sein de l'entreprise qui l'emploie, si bien qu'aucune perte de gain ne venait justifier l'octroi d'une mesure de reclassement. Cet essai ayant avorté, lors de la décision litigieuse, l'autorité s'est fondé sur une comparaison des revenus qui se basait sur le fait que le recourant conserve une capacité de travail à 100% dans une activité légère adaptée à ses limitations fonctionnelles.

### **E. 5.2.1**

Le revenu hypothétique de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé; le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible; c'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires jusqu'au moment de la naissance du droit à la rente (ATF 134 V 322 consid. 4.1; ATF 129 V 222 consid. 4.3.1; Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_651/2008 du 9 octobre 2009, consid. 6.1.2.1). Dans le cas particulier, le recourant exerçait la profession de boulanger pour laquelle il a perçu en 2007 un revenu de Fr. 62'838.50 (pce 50).

### **E. 5.2.2**

S'agissant du salaire d'invalidé, quand bien même le recourant continue à exercer son ancienne activité, l'autorité inférieure s'est référée aux données statistiques telles qu'elles résultent des chiffres de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique (OFAS), singulièrement aux salaires bruts standardisés en se fondant sur la valeur médiane ou valeur centrale (ATF 126 V 75 consid. 3b/aa et bb; arrêt du Tribunal fédéral I 392/06 du 13 mars 2007 consid. 6.2). En effet, en application du

principe général valable en assurance sociales qui impose à l'assuré l'obligation de diminuer le dommage et d'entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2. avec les références), il peut être exigé du recourant, même s'il serait toujours capable d'exercer partiellement son ancien travail, de changer d'activité. En l'occurrence, le salaire de référence est celui auquel pouvaient prétendre, en 2006, les hommes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé (production et services), à savoir Fr. 4'732.- par mois, part au 13ème salaire comprise (ESS 2006 tableau TA1, niveau de qualification 4), soit Fr 56'784.- par année. Comme les salaires bruts standardisés se basent sur un horaire de travail de 40 heures, ce salaire doit être converti à la moyenne usuelle dans les entreprises en 2006, soit 41,7 heures (cf. OFS, durée normale du travail dans les entreprises selon la division économique, en heures par semaine, T. 03.02.04.19), ce qui représente Fr. 59'197.-. Adapté à l'évolution des salaires de 2006 à 2007 (taux de variation de 1,6 %, cf. La Vie économique 11-2009, tableau B 10.2, p. 95), on aboutit à un revenu d'invalidé de Fr. 60'144.- (et non de Fr. 60'226.- comme l'a retenu l'autorité qui a pris comme indice 2007 2049 alors qu'il est de 2047). Comme le recours aux salaires de l'ESS ne permet pas une appréciation très fine en fonction des groupes de professions particuliers ou des régions de travail, la jurisprudence permet de réduire le revenu hypothétique d'invalidé, tel qu'il résulte des statistiques, afin de tenir compte du fait que les possibilités pour l'assuré de réaliser un gain qui se situe dans la moyenne sont forcément diminuées. La mesure de cette réduction dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et relève en premier lieu de l'office AI, qui dispose pour cela d'un large pouvoir d'appréciation. La jurisprudence n'admet cependant à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5). En conséquence, le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration; il doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée (Arrêt du Tribunal fédéral I 133/07 du 21 janvier 2008 consid. 2.3; ATF 132 V 393 consid. 3.3, ATF 126 V 75 consid. 6, ATF 123 V 150 consid. 2 et les références). En l'espèce, l'OAIE a consenti un abattement de 10 % sur le revenu d'invalidé de l'assuré pour tenir compte de ses limitations fonctionnelles et de son expérience dans un seul et même secteur. Cette argumentation n'est pas insoutenable, il n'y a donc pas lieu de s'en écarter; ce qui conduit à un revenu avec invalidité de Fr. 54'130.-.

### **E. 5.2.3**

Le calcul comparatif des revenus fait apparaître un préjudice économique de 14 % (Fr. 62'838.50-54'130 X 100 /62838.50) une fois arrondi au pour-cent supérieure (ATF 130 V 122 consid. 3.2), pour une activité exigible à 100%. L'autorité inférieure a estimé que c'était insuffisant pour ouvrir le droit à un reclassement.

### **E. 6.1**

Or, selon la jurisprudence, le critère de l'équivalence approximative des activités (cf. supra consid. 4.2) revêt un aspect non seulement quantitatif, mais également qualitatif (ATF 124 V 108 consid. 3b). Le revenu d'un salarié n'évolue pas de la même manière si celui-ci bénéficie ou non d'une formation professionnelle. Il faut considérer toutes les circonstances du cas pour comparer les possibilités de gain offertes par la profession initiale et celle de la nouvelle activité exigible, y compris la valeur qualitative des deux professions à comparer

(ATF 124 V 108 consid. 3 avec les références citées, arrêt du Tribunal fédéral I 761/02 du 5 mars 2003 consid. 3.3). Comme le Tribunal fédéral l'a déjà constaté (cf. arrêts précités), les emplois non qualifiés sont plus précaires et davantage exposés en cas de crise conjoncturelle ou d'adaptation structurelle, il s'agit également d'en tenir compte.

### **E. 6.2**

On ne saurait en l'espèce considérer sans discussion comme approximativement équivalente une activité non qualifiée avec la profession de boulanger que le recourant a apprise. S'il subit actuellement une perte de salaire supportable dans l'exercice d'une activité exigible; l'élément qui reste à déterminer est de savoir si les perspectives de gain et d'avancement professionnel sont approximativement les mêmes que dans la profession initiale. En effet, le recourant est encore relativement jeune et la durée de sa vie active encore longue.

### **E. 6.3**

Il s'en suit que la décision doit être annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure qui a insuffisamment pris en considération les circonstances du cas pour apprécier la notion d'équivalence définie par la jurisprudence. Il faut toutefois rappeler que le recourant n'aurait éventuellement droit qu'aux mesures de réadaptation d'ordre professionnel qui sont nécessaires (cf. supra consid. 4.1). Or, la nature et l'étendue de ces mesures ne sauraient être déterminées de manière abstraite. Il appartiendra à l'administration d'examiner quelle mesure serait susceptible de remplir ces critères au regard de la situation concrète.

### **E. 7.1**

Compte tenu de l'issu du litige, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA). En conséquence, l'avance de frais de Fr. 300.-- déjà versée par le recourant lui sera restituée sur le compte bancaire qu'il aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

### **E. 7.2**

A teneur de l'art. 64 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. En l'espèce, le recourant s'est défendu seul, sans faire appel à un mandataire, et il n'est pas démontré qu'il a subi de ce fait des frais considérables. Partant, il ne lui est pas alloué de dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.